

ת"צ 43859-08-13
בפני כב' הש' רות רונן

במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי
בתל אביב

המבקשת:

סגל לוי ייזום ונכסים בע"מ
ב"כ עוה"ד יצחק אבירם ושחר בן מאיר
מרחוב אבא הלל סילבר 12 רמת גן
טל: 03-6110505; פקס: 03-7522095

- נ ג ד -

המשיבים:

1. כור תעשיות בע"מ
על ידי ב"כ ניר כהן, לשם ושות'
מרחוב ברקוביץ 4, תל אביב
טל: 03-6968270; פקס: 03-6968277

2. חברת השקעות דיסקונט בע"מ
על ידי משרד עוה"ד אגמון ושות', רוזנברג הכהן ושות'
מרחוב יגאל אלון 98 (מגדל אלקטרה - קומה 47), תל אביב
טל: 03-6078607; פקס: 03-6078666

3. אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ
על ידי משרד כספי ושות'
מרחוב יעבץ 33, תל אביב
טל: 03-7961000; פקס: 03-7961001

ובעניין:

המועצה הישראלית לצרכנות
ע"י ב"כ עו"ד פרופ' אלון קלמנט ו/או דסי אנדרמן שחר
מהקליניקה לתובענות ייצוגיות, המכרז הבין תחומי הרצליה
רח' כנפי נשרים פינת רח' נתן אלתרמן, הרצליה
טל: 09-9602436; פקס: 09-9513075 (להלן: "המועצה")

היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועץ המשפטי לממשלה")
על ידי ב"כ עו"ד ליאב וינבאום מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)
רח' הנרייטה סולד 1 תל אביב 64924
טל: 03-6970222; פקס: 03-6918541

עמדה מטעם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
בנוגע לבקשה לאישור הסדר פשרה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.12.2013, מתכבד ב"כ היועץ המשפטי לממשלה המשפטי לממשלה (להלן: "היועץ המשפטי לממשלה") להגיש עמדה בנוגע ל"בקשה משותפת מטעם המבקשת והמשיבות לאישור הסכם פשרה לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" (להלן: "הבקשה").

פרק א': רקע ותמצית עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

1. ביום 29.8.2013 המבקשת הגישה לבית המשפט הנכבד בקשה לאישור תובענה ייצוגית (להלן: "בקשת האישור" או "התביעה").
2. בתמצית, וכפי שמתואר בסעיף 14 לבקשה, בבסיס בקשת האישור עמדה טענה כי עסקת המיזוג בין כור תעשיות בע"מ (להלן: "כור") לבין חברת השקעות דיסקונט בע"מ (להלן: "דיסקש") מחודש אוגוסט 2013, במסגרתה נרכשות מניות הציבור בכור, אינה חוקית במתכונתה, ואינה הוגנת מבחינת שווי התמורה שמקבלים בעלי המניות מהציבור בכור. לפי הטענה, העסקה הינה פסולה והתמורה המשולמת לבעלי המניות של כור בעסקה מקפחת אותם ויוצרת העדפה לדיסקש ולא די בי חברה לפיתוח בע"מ (להלן: "אי די בי").
3. בהמשך הוגשו תשובות לבקשת האישור על ידי המשיבות והתנהלו הליכי ביניים שונים.
4. יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה או רשות ניירות ערך לא היו מעורבים עד כה בהליך שבכותרת.
5. ביום 27.11.2013 המבקשת והמשיבות (להלן: "הצדדים") הגישו לבית המשפט הנכבד בקשה לאישור הסכם פשרה אליו הגיעו (להלן: "ההסדר").
6. ההוראות העיקריות של ההסדר, הרלבנטיות לעמדה זו, הן כדלקמן:
 - 6.1 הצדדים הסכימו כי המחלוקת ביניהם "מצטמצמת בעיקרה לשאלת שווי מניות מכתשים המוחזקות בידי כור, קרי - לשווי אופציית מכתשים" (סעיף 31 לבקשה). לעמדתם, ההצדקה לכך הנה ששורש המחלוקת אינו שוויה של כור, אלא שוויין של מניות חברת מכתשים אגן תעשיות בע"מ (להלן: "מכתשים") אשר מוחזקות בידי כור (ואשר לכור יש אופציה להעבירן לחברת כימצ'ינה חלף פירעון הלוואה שזו נתנה לכור) ("אופציית מכתשים" כהגדרתה בבקשה). זאת בהינתן שהנכס המשמעותי השני של כור - מניות חברת קרדיט סוויס - סחירות בשוק פעיל ועל כן אין מחלוקת לגבי שוויין.
 - 6.2 לטענת הצדדים, ההסדר יאפשר "לבעלי המניות הזכאים המעוניינים בכך אפשרות לקבל את חלק השווי של מניות כור שבידם המיחוס להשקעה במכתשים לפי שווי במועד מאוחר יותר" (סעיף 33 לבקשה).
 - 6.3 מדובר בהסדר אופציונלי המאפשר לחברי הקבוצה לבחור אם לקבל את תמורת המיזוג המקורית או להצטרף למנגנון שההסדר יצר. ה"ערך" שההסדר

יצר לחברי הקבוצה הוא הזכות לבחור בין שני מסלולים אלה.

6.4. בהתאם למנגנון שמוצע בהסדר, דסקש תעניק לכל אחד מחברי הקבוצה (למעט אי די בי), לאחר שיקבל את תמורת המיזוג, אפשרות להצטרף להסדר משלים (כהגדרתו בבקשה ובהסדר) שאלה פרטיו:

6.4.1. כל בעל מניות שיצטרף להסדר המשלים, ישלם לדסקש סכום של 14.64 ש"ח. לטענת הצדדים סכום זה מיוחס לאותו חלק מתוך תמורת המיזוג שמשקף את אופציית מכתשים (סעיף 9.1 להסדר).

6.4.2. בתמורה לכך, דסקש תעניק למצטרף זכות חוזית לקבל בעתיד סכום משלים בגין כל מניית כור שהוחזקה על ידו שישקף את תוצאות החילוק של שווי אחזקת כור במכתשים במספר מניות כור הקיימות במועד השלמת המיזוג, ובניכוי שכר הטרחה הנוסף כפי שהוגדר בסעיף 12 להסדר (סעיף 9.2 להסדר).

6.4.3. הסכום המשלים למניה (כהגדרתו בהסדר), ישולם למצטרפים להסדר המשלים בהתקיים אחד משלושת האירועים הבאים, לפי המקודם: **(1)** הנפקת מכתשים אגן לציבור; **(2)** עסקת מכר של מניות מכתשים אגן על ידי כור; או **(3)** במידה ועד ליום 17.10.2018 לא תבוצע הנפקה או מכירה, תתבצע הערכת שווי על ידי מומחה בלתי תלוי שיקבע את השווי ההוגן של אחזקת כור במניות מכתשים (סעיף 9.3 להסדר).

6.5. עוד נקבע בהסדר כי תנאי מתלה לביצוע ההסדר המשלים הוא היענות של לפחות 2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור. במידה ושיעור ההצטרפות יהיה נמוך יותר, לא יבוצע ההסדר המשלים, **מבלי לגרוע מתוקף הסדר הפשרה** (סעיף 9.12 להסדר). יצוין כי לא מדובר ב-2% מחברי הקבוצה אלא ב-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור שהיוו נכון לתחילת חודש אוגוסט 2013 כ-10% מחברי הקבוצה¹. משמעות הדבר היא כי אם שיעור מינימלי זה של חברי קבוצה לא יצטרף להסדר המשלים ייווצר מעשה בי-דין נגדם ונגד כל שאר חברי הקבוצה מבלי שהתביעה או ההסדר יספקו להם תועלת כלשהי (אלא להיפך, תינטל מהם זכות התביעה).

6.6. במסגרת ההסדר חברי הקבוצה שלא מסרו הודעת פרישה מוותרים על טענות, דרישות, זכויות או עילות בקשר עם עסקת המיזוג כנגד קשת רחבה של גורמים, גם כאלה שכלל לא נתבעו במסגרת בקשת האישור (דוגמת דירקטורים ונושאי משרה) (סעיף 10 להסדר).

6.7. בדומה, ההסדר מקים מעשה בי-דין כלפי כל חברי הקבוצה שלא מסרו הודעת

¹ יצוין כי מאז חודש אוגוסט 2013 אי די בי מכרה את רוב מניות כור שהוחזקו על ידה ולכן נכון להיום 2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור שהיוו נכון לתחילת חודש אוגוסט 2013 כ-10% מחברי הקבוצה, מהווה ככל הנראה פחות מ-10% מחברי הקבוצה.

פרישה לגבי כל טענה בנוגע לעסקת המיזוג, לרבות עילות וטענות אשר לא פורטו בבקשת האישור (סעיף 11 להסדר).

6.8 הצדדים מבקשים כי לא ימונה בודק לבחינת ההסדר, שכן לטענתם בחינת ההסדר אינה מעוררת "סוגיה שבמומחיות" אלא רק "הערכת הסיכונים והסיכויים של התביעה" (סעיפים 82-84 לבקשה לאישור ההסדר).

6.9 למבקשת ישולם גמול מיוחד בסך כולל בגובה 250,000 ש"ח, ולב"כ המבקשת ישולם שכר טרחה בגובה 2,500,000 ש"ח בתוספת מע"מ. בנוסף לכך, ב"כ המבקשת יהיו זכאים לשכר טרחה נוסף בגין כל מניות כור המוחזקות בידי המצטרפים לפי מפתח שהוסכם על הצדדים (סעיף 12 להסדר).

7. **בתמצית, עמדתנו היא כי לא ניתן לאשר את ההסדר בנוסחו הנוכחי, וזאת בשל כל אחד מהטעמים הבאים:**

7.1 **ראשית**, התנאי לפיו במידה ופחות מ-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים, כל חברי הקבוצה לא יקבלו דבר אינו ראוי, הוגן וסביר. משמעותו של תנאי זה היא שככל שהוא מתקיים נוצר מעשה בי-דין כלפי כל חברי הקבוצה שמוותרים על זכויות התביעה שלהם ללא כל תמורה, ומוצאים עצמם במצב נחות מזה בו היו אלמלא התביעה והפשרה.

7.2 **שנית**, גם אם מעל 2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים, הרי שבטרם תבדק דיות העילה וזאת בין היתר, על דרך של מינוי בודק, ספק אם מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה. ככל שעילת התביעה קלושה - לממשלה הרי לגישתנו אין לאשר פשרה בנוגע אליה, שכן הדבר יעודד הגשת תביעות סרק.

אם בעילת התביעה יש ממש – הרי שברי כי יש צורך, במיוחד במקרה הנוכחי על נסיבותיו המיוחדות, במינוי בודק אשר יעריך את שווי התביעה ואת שווי הפשרה בהתחשב בכל הגורמים הרלבנטיים (שווי אופציית מכתשים, שווי הזכות החוזית שניתנת במסגרת ההסדר בהתחשב בסיכוני האשראי של דסקש, ועוד).

7.3 **שלישית**, הסדר הפשרה מבקש ליצור מעשה בי-דין בנוגע לעילות אשר לא נטענו בבקשת האישור וכולל ויתור כלפי גורמים שלא נתבעו בבקשת האישור, כל זאת בניגוד לסעיף 18(ז1) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "החוק").

7.4 **רביעית**, לעמדתנו ככל שהסדר הפשרה יאושר ולאור הלכת בית המשפט העליון **בעניין רייכרט** יש לפסוק את שכר הטרחה והגמול המיוחד ביחס לתועלת **בפועל** שההסדר נתן לחברי הקבוצה. הדבר מוצדק במיוחד בנסיבות המיוחדות של מקרה זה בו יש קושי אמיתי להעריך מהו ה"ערך" שניתן לקבוצה במסגרת ההסדר, אם בכלל.

8. יובהר כי עמדה זו אינה מתייחסת לעניינים נושא תיק זה לגופם, וכי אין במסגרת הנוכחית

כדי הבעת עמדה כלשהי בדבר המחלוקות העובדתיות או המשפטיות שבין הצדדים. עמדה זו נועדה אך ורק להבהיר את עמדתנו המשפטית בנוגע להסדר.

פרק ב': עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

1/ב: התנאי לפיו ההסדר תלוי בהצטרפות מינימלית אינו ראוי, הוגן וסביר

9. סעיף 9.12 להסדר קובע כך:
- "ביצוע ההסדר המשלים מותנה בכך שמחזיקים ב-2% לפחות מהון המניות המונפק של כור ייענו להצעת דסק"ש לחברי הקבוצה. היה ושיעור ההיענות להצעת דסק"ש לחברי הקבוצה יהיה נמוך מהשיעור האמור, לא יבוצע ההסדר המשלים, וזאת מבלי לגרוע מתוקפו של הסכם הפשרה. במקרה כזה לא תהיה לחברי הקבוצה כל טענה ו/או תביעה כנגד כור ו/או דסק"ש ו/או אי די בי ו/או בעלי מניותיהן ו/או נושאי משרה בהן (לרבות דירקטורים) ו/או כל שלוח מטעמן לרבות עובדים ויועצים שלהן".
10. יצוין כי 2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור מהווים נכון לתחילת חודש אוגוסט 2013 כ-10% מהקבוצה. המשמעות היא שאם פחות מ-10% מהקבוצה יענו להסדר המשלים, ייווצר מעשה בי-דין גם נגדם וגם נגד כל שאר חברי הקבוצה, וזאת מבלי שהתביעה או ההסדר הועילו להם באופן כלשהו.
11. למעשה במקרה כזה מצבם של חברי הקבוצה רק יורע לעומת מצבם אלמלא התביעה והפשרה. אלמלא התביעה והפשרה חברי הקבוצה היו נותרים עם תמורת המיזוג **ועם** זכות התביעה, בעוד שלאחר התביעה והפשרה (ככל שפחות מ-10% מהקבוצה יענו להסדר המשלים) הם ימצאו את עצמם עם תמורת המיזוג **וללא** זכות התביעה. במצב זה הקבוצה "מקבלת" רק מעשה בי-דין נגדה שמונע ממנה להגיש תביעות עתידיות בכל עילה וכנגד קשת רחבה של גורמים, אף מעבר להיקף שנתבע מלכתחילה (ר' הסיפא של סעיף 9.12 לעיל).
12. מובן כי זו אינה פשרה. בפשרה כל צד נותן משהו ומוותר על משהו. אך במצב המתואר לעיל הקבוצה רק נותנת (מוותרת על זכות התביעה), והמשיבות רק מקבלות (מעשה בי-דין). בנוסף לכך, המבקשת ובא כוחה יזכו בגמול ושכר טרחה משמעותיים מבלי שהקבוצה מקבלת דבר. כאשר בקשת אישור מסתיימת בהסכמה **מבלי שחברי הקבוצה מקבלים דבר** מדובר בהסתלקות במסגרתה לא נוצר מעשה בי-דין, ונפסק גמול ושכר טרחה נמוך, אם בכלל (ר' סעיף 16(א) לחוק).
13. התוצאה שקבע החוק כאשר נזנחת עילת תביעה במסגרת הסדר ללא תמורה לקבוצה היא שלא ייווצר מעשה בי-דין ביחס לעילה זו. שהרי המשמעות של הסתלקות מהליך ו/או מעילת תביעה הנכללת בהליך ייצוגי היא שעילה זו נותרת "פתוחה" ו"מותרת" לאחרים, להגיש בגינה הליך ייצוגי אחר/נוסף כקבוע בסעיף 16(ג) לחוק:
- "הסתלק מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג מבקשה לאישור או מתובענה**

ייצוגית או שבית המשפט מצא שנבצר מאחד מאלה להמשיך בתפקידו בבקשה או בתובענה, לא יהיה בכך כדי להשפיע על המשך ניהול הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית בידי מבקש אחר, תובע מייצג אחר או בא כוח מייצג אחר, לפי העניין."

14. לפיכך לעמדתנו על מנת שההסדר (בהקשר זה) יהיה ראוי, הוגן וסביר יש למחוק את סעיף 9.12 להסדר, או לקבוע כי היה ופחות מ-10% מהקבוצה יענו להסדר המשלים המבקשת תסתלק מהבקשה בהתאם לסעיף 16 לחוק, על כל המשתמע מכך לעניין אי-היווצרות מעשה בי-דין וגובה שכר הטרחה והגמול.

2/ב: מינוי בודק הינו הכרחי לבחינה האם מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה

15. כפי שיפורט להלן, לעמדתנו, גם אם 2% או יותר מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק יצטרפו להסדר המשלים המוצע בפשרה, ספק אם בטרם ימונה בודק, ניתן יהא לקבוע כי מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה.

16. סעיף 19(א) לחוק קובע כך :

"בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה, ואם הבקשה לאישור הסדר הפשרה הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית - גם כי קיימות, לכאורה, שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין."

17. הסדר פשרה אמור לשקף איזון בין הסיכויים לבין הסיכונים שבהליך המשפטי. גם כאשר בבסיס בקשת אישור עומדת עילת תביעה טובה, הצלחת התביעה אינה מובטחת, שכן עשויים להתעורר קשיים במישור המשפטי, במישור הראייתי, במישור העובדתי, במישור הזמן, במישור סיכויי הגבייה, ועוד. הפשרה אמורה לשקף איזון בין חוזק העילה לבין הסיכונים שבהשלמת ההליך המשפטי לטובת חברי הקבוצה.

18. השיקולים אם לאשר הסדר פשרה מפורטים בסעיף 19(ג)(2) לחוק :

"(2) בהחלטתו לפי פסקה (1) יתייחס בית המשפט, בין השאר, לשיקולים אלה:

(א) הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;

(ב) התנגדויות שהוגשו לפי סעיף 18(ד), וההכרעה בהן;

(ג) השלב שבו נמצא ההליך;

- (ד) חוות דעת של הבודק שניתנה לפי סעיף קטן (ב)(5);
- (ה) הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה;
- (ו) העילות והסעדים שלגביהם מהווה החלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר".

19. לכן, על מנת לברר אם מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה, ובהתאם להוראות סעיף 19(ג)(2)(א) לחוק, על בית המשפט לברר את "הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".

20. לטענת המבקשת אין פער כזה כיוון ש"המבקשת הביאה לקבוצה בדיוק את מה שכיוונה להביא בתביעה: את שווי מכתשים האמיתי. אמנם (רק לכאורה) לא בשווי כספי מיידי אך בשווי כלכלי גבוה בהרבה" (סעיף 33 לתשובת המבקשת להתנגדות המועצה הישראלית לצרכנות), ולכן מדובר לטענתם בהסדר ראוי.

21. ואולם לעמדתנו המציאות מעט יותר מורכבת.

22. ראשית, גם אם אכן אין פער בין התביעה לפשרה (וכפי שיפורט להלן, ספק גדול אם זהו המצב) אין בכך כדי לאפשר את אישור ההסדר באופן אוטומטי. לעמדתנו על בית המשפט הנכבד, בכל מקרה, לברר אם בבקשת האישור יש ממש. זאת שכן פשרה בתביעה שעילתה קלושה אינה משרתת את מטרות החוק אלא רק מעודדת הגשת תביעות סרק שמעמיסות על בתי המשפט, מכבידות על נתבעים פוטנציאליים, מעמיסות עלויות שמגולגלות בסופו של דבר על הציבור, ועוד.

כך עולה גם מסעיף 19(ג)(1)(ב) לחוק לפיו החלטה לאישור הסדר פשרה תכלול נימוק בנוגע, בין היתר, ל"עילות התובענה, השאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה...". לכן ברור כי אין לאשר הסדר פשרה אם בקשת האישור נעדרת עילה או נעדרת שאלות משותפות.

לפיכך לעמדתנו שאלת הפער בין שווי התביעה לבין שווי הפשרה רלבנטית רק ככל שעילת התביעה אינה קלושה. ככל שהתביעה קלושה, אין לאשר את ההסדר גם אם אין פער כאמור.

23. שנית, וככל שהתביעה אינה קלושה, לא ניתן לקבוע - ללא עזרת בודק - כי אין פער בין התביעה לפשרה. הפער האפשרי נובע משני גורמים עיקריים: מכך שחברי הקבוצה שיבחרו להצטרף להסדר המשלים יהיו חשופים לסיכונים האשראי של דסקש; ומכך שספק אם ניתן להניח בכזו טריוויאליות כי המוצר המורכב שמוצע להם, על תנאיו והסייגים שבו (ור' סעיפים 9.3-9.7 להסדר), אותה זכות חוזית, שקול ל"שווי מכתשים האמיתי".

24. לכן, ובהינתן שיש פער בין התביעה לפשרה, על בית המשפט הנכבד מוטלת המשימה לבחון את שווי התביעה אל מול שווי הפשרה, ולהחליט אם הפשרה משקפת איזון הראוי

לאור יתר השיקולים הרלבנטיים, שחלקם הוזכר לעיל. שווי התביעה הוא שווי אופציית מכתשים (כהגדרתה בסעיף 8(ב) לבקשה), ושווי הפשרה הוא שווי המוצר המורכב שמוצע לחברי הקבוצה (בהתחשב גם בסיכוני האשראי של דסקש).

25. המקרה הנוכחי הוא מקרה יוצא דופן כיוון שיש קושי להעריך את שני סוגי הרכיבים - גם את שווי התביעה וגם את שווי הפשרה. פשרה טיפוסית בתובענות ייצוגיות בתחום ניירות ערך מעניקה פיצוי מסוים וידוע עבור כל מניה שנכללת בקבוצה (לדוגמא: חמישה ש"ח עבור כל מניה שנכללת בקבוצה). לכן במקרה הטיפוסי שווי הפשרה ידוע (מספר המניות שנכללות בקבוצה כפול הפיצוי למניה), ויש לבחון רק את שווי התביעה.

26. אבל בענייננו גם שווי התביעה אינו ידוע וגם שווי הפשרה אינו ידוע. וכאמור לעיל, טענה כאילו מדובר בעניין בלתי-רלבנטי שכן בכל מקרה שווי התביעה שווה לשווי הפשרה אינה מספקת (שכן יכול להיות שגם התביעה וגם הפשרה אינן בעלות ערך כלשהו ואז אין לאשר את ההסדר), וככל הנראה גם אינה מדויקת.

27. לפיך לעמדתנו במקרה הנוכחי יש חשיבות רבה במינני בודק אשר יעריך הן את שווי התביעה והן את שווי הפשרה, בהתחשב בין השאר בסיכוני האשראי של דסקש ובסחירות המוגבלת של הזכות החוזית שנתנה. רק לאחר מכן, יוכל בית המשפט לבחון האם מדובר בפשרה הוגנת וסבירה.

28. כידוע, סעיף 19(ב)(1) לחוק קובע כי **הכלל הוא מינני בודק** לצורך בחינת הסדר פשרה:

"בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא לאחר שקיבל חוות דעת מאדם שמינה לשם כך, שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית (בסעיף זה - בודק), אלא אם כן סבר בית המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו; שכרו והוצאותיו של בודק, וכן אופן תשלומם, ייקבעו בידי השר".

29. אך ההצדקה למינני בודק במקרה הנוכחי אינה נובעת רק מהוראות החוק, אלא משום שבמקרה הנוכחי זהו פשוט הדבר המתבקש והנכון לעשות. המבנה הייחודי של הפשרה שהושגה נותן לחברי הקבוצה - באופן חריג - זכות בחירה אם להצטרף להסדר המשלים או לא. ההצטרפות להסדר המשלים עשויה להביא לכך שחבר הקבוצה יימצא עצמו בעתיד במצב נחות מזה שהיה ניצב בו אלמלא הוגשה בקשת האישור (בשמו) והושגה הפשרה (לטובתו). מצב זה עלול להתרחש אם יתברר בעתיד כי התשלום שהוא יקבל כנגד אותו מוצר מורכב שהוא ירכוש מדסקש יהיה נמוך ממחירו כעת (14.64 ש"ח). ההצטרפות אמנם אופציונלית, אך חבר קבוצה יתקשה לקבל החלטה מושכלת אם להצטרף ללא חוות דעתו של בודק.

30. לכן מוצדק שגם בית המשפט הנכבד (לצורך בחינת הוגנות ההסדר) וגם חברי הקבוצה (לצורך קבלת החלטה אם להצטרף להסדר) יידעו את הערכת שוויו של אותו מוצר מורכב שמוצע להם לרכוש. הערכת השווי (של התביעה ושל הפשרה) תוכל להתבצע רק על ידי בודק שיבחן גם את שווי הזכות החוזית על מורכבותה ומגבלותיה, וגם את שווי אופציית מכתשים.

31. לאחר מכן, בית המשפט הנכבד יוכל "להרכיב" על חוות דעת הבודק את כל שאר השיקולים ויחליט אם מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה.

3/ב: ההסדר מבקש ליצור מעשה בי-דין וכולל ויתור על טענות באופן המנוגד לדין

32. סעיף 18(ז)(1) לחוק קובע כי הסדר פשרה לא יכלול:

"עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה, אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית..."

33. תכלית ההוראה למנוע מתובע ייצוגי, שפועל בשם קבוצה אנונימית שלעיתים כלל אינה מודעת להליך המשפטי וממילא אינה מסכימה לו באופן פוזיטיבי, להגביל את חברי הקבוצה בעניינים שלא נכללו בבקשת האישור. התובע הייצוגי רשאי (בהתקיים התנאים הקבועים בדין) להסכים בשם חברי הקבוצה להתפשר בתביעה שהגיש, אולם לא ניתן להרחיב את סמכותו אל מחוץ לגבולות בקשת האישור - בנוגע לעילות שלא הופיעו בבקשת האישור או בנוגע לנתבעים שלא נכללו בה.

34. ואולם, בסעיף 11 להסדר הצדדים הסכימו כי מעשה בי-דין יחול לא רק לגבי העילות המוזכרות בבקשת האישור, אלא גם בנוגע לעילות נוספות:

"... אישור הסדר הפשרה יהווה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה (למעט כלפי מי שמסרו הודעת פרישה) בקשר עם כל הטענות והעילות הנזכרות בבקשה לאישור ובתביעה, לרבות העילות הבאות:

11.1. קיפוח בעלי מניות (סעיף 191 לחוק החברות).

11.2. הפרת החובה לנהוג בתום לב (סעיף 192 לחוק החברות).

11.3. הפרת החובה לפעול בהגינות (סעיף 193 לחוק החברות).

11.4. עשיית עושר ולא במשפט.

11.5. כל עילה אחרת הקשורה במישרין או בעקיפין לעסקת המיזוג או לאופן ביצועה, לרבות עילה הקשורה בבקשה לחלוקה".

35. בדומה, בסעיף 10 להסדר הצדדים הסכימו כי עם אישור ההסדר חברי הקבוצה (שלא מסרו הודעת פרישה) מוותרים על תביעות וטענות לא רק כלפי המשיבות, אלא גם כלפי גורמים נוספים, ולא רק בנוגע לעילות שנכללו בבקשת האישור אלא גם בנוגע לעילות נוספות:

"בכפוף לאישורו של הסכם זה על-ידי בית המשפט הנכבד, התובעת וכל חברי הקבוצה שלא מסרו הודעת פרישה מוותרים בזאת באופן בלתי חוזר, סופי ומוחלק כלפי כור, דסק"ש ואי די בי, בעלי מניותיהן, נושאי משרה בהן (לרבות דירקטורים) וכל שלוח מטעמן לרבות עובדים ויועצים שלהן, על כל טענה או דרישה או זכות או עילה בקשר עם עסקת המיזוג, ובקשר לכל עניין ודבר הנוגע לבקשה לאישור ו/או התביעה ו/או לחלוקה".

36. ובהקשר זה ר' גם את סעיף 9.12 להסדר, שגם במסגרתו ניתן וויתור בשם חברי הקבוצה על תביעות וטענות לא רק כלפי המשיבות, אלא גם כלפי גורמים נוספים, ולא רק בנוגע לעילות שנכללו בבקשת האישור אלא גם בנוגע לעילות נוספות
37. לעמדתנו סעיפים אלה בהסדר הפשרה מנוגדים באופן חזיתי להוראת החוק והפסיקה שיישמה אותה (ור' למשל ת"צ (מרכז) 44751-03-10 **בן סימון נ' הוט** (8.7.2012)).
38. לכן בית המשפט הנכבד מתבקש שלא לאשר את ההסדר גם מטעם זה.

ב/4: יש לפסוק את שכר הטרחה והגמול המיוחד בהתאם למימוש ההסדר

39. בע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט** (23.05.2012) (להלן: "**עניין רייכרט**") נקבע העיקרון כי שכר הטרחה והגמול המיוחד אשר יפסקו לתובע הייצוגי ולבא כוחו ייגזרו **מהתועלת בפועל** אשר אלה הביאו לקבוצה:

"יודגש כי שכר טרחתו של עורך הדין ייגזר מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה ולא מהסכום שנפסק. זאת, שכן לעיתים ייתכן פער, ואפילו משמעותי, בין הסכום אותו קובע בית המשפט בפסק הדין, או הסכום אליו מגיעים הצדדים בפשרה, לבין הסכום אשר בסופו של דבר מגיע אל חברי הקבוצה" (סעיף 8 להחלטה בעניין רייכרט).

40. גם סעיף 23(ב) לחוק קובע כי "**בקביעת שיעור שכר הטרחה של בא כוח מייצג**" בית המשפט יתחשב, בין היתר, ב"**תועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה**". סעיף 22(ב)(2) קובע כלל דומה בנוגע לגמול שניתן לתובע הייצוגי. הוראות אלה רלבנטיות גם לפסיקת שכר טרחה וגמול בהסדרי פשרה (ר' סעיף 19(ו) לחוק).

41. בענייננו, לא ברור אם ההסדר מביא תועלת כלשהי לקבוצה. הסדר הפשרה אינו מאפשר להעריך אם המוצר המורכב שמוצע לחברי הקבוצה לרכוש מדסקש שווה יותר או פחות מעלותו (14.64 ש"ח). וכמובן שגם רצונם של הצדדים להימנע ממינוי בודק אינו תורם להבנת ערכה של הפשרה.

42. בענייננו, ישנם שני מצבים אפשריים:

43. **ראשית**, ייתכן כי **פחות** מ-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים. במצב זה ההסדר קובע כי חברי הקבוצה כולם לא יקבלו דבר. במצב זה לא רק שבקשת האישור וההסדר לא יביאו כל תועלת לחברי הקבוצה אלא להפך, הקבוצה תוותר על עילת התביעה שלה.

בסיטואציה זו, שלעמדתנו - כאמור לעיל - יש להתייחס אליה כהסתלקות על כל המשתמע מכך, אנו סבורים כי אין לאשר תשלום שכר טרחה ו/או גמול. כאמור לעיל, לממשלה אנו סבורים כי יתרה מכך - בנסיבות אלו כלל אין מקום לאשר את ההסדר.

44. **שנית**, ייתכן כי **יותר** מ-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים. במצב זה הקבוצה תתחלק לשתיים, אלה שיצטרפו להסדר המשלים ואלה שיבחרו לא להצטרף אליו.

אלה שלא יצטרפו להסדר המשלים יבחרו לעשות כן כיוון שהם יעריכו כי שווי המוצר המורכב שמוצע להם במסגרתו נמוך משווי הרכיב שניתן להם בגין אופציית מכתשים במסגרת תמורת המיזוג. להשקפתם של חברי קבוצה זו בקשת האישור וההסדר לא הביאו כל תועלת, והראיה - הם בחרו להיצמד לתמורה המקורית שהוצעה להם במסגרת המיזוג.

אלה שיבחרו להצטרף להסדר המשלים יבחרו לעשות כן כיוון שהם יעריכו כי שווי המוצר המורכב שמוצע להם במסגרתו גבוה משווי הרכיב שניתן להם בגין אופציית מכתשים בתמורת המיזוג. להשקפתם של חברי קבוצה זו בקשת האישור וההסדר הביאו תועלת, והראיה - הם בחרו לנצל את האפשרות שההסדר הציע להם. גובה התועלת (אם בכלל) יתברר רק בעתיד, במועד התרחשות המוקדם מבין האירועים המפורטים בסעיף 9.3 להסדר. גובה התועלת עשוי להתברר רק בשלהי שנת 2018 (מועד התרחשות האירוע השלישי המתואר שם). רק אז יתברר אם החלטתם לרכוש היום מוצר מורכב תמורת 14.64 ש"ח אכן היתה החלטה נכונה, ומה שווי ההטבה שניתנה להם.

45. אנו סבורים שבאופן עקרוני אכן יש לקבוע כי שכר הטרחה ישולם בעתיד, כאשר יתברר מה הייתה התועלת שההסדר העניק לחברי הקבוצה, אם בכלל, וכנגזרת ממנה. בהקשר זה מסכים מוסכם על הח"מ האמור בהתנגדות שהוגשה על ידי המועצה לצרכנות. לעמדתנו רק לאחר שתתברר מה התועלת שהושגה נכון יהיה לקבוע את הגמול ושכר הטרחה הראוי מתוך אותה תועלת לפי שיטת האחוזים, כאשר את המפתח לחישוב ניתן לקבוע כבר כעת.

46. כידוע **בעניין רייכרט** בית המשפט העליון קבע כי שיטת האחוזים היא השיטה המתאימה ביותר לפסיקת שכר טרחה לבא כוח המייצג, במקרים בהם הסעד הוא כספי:

"... על כן, סבורים אנו כי יש לאמץ את שיטת האחוזים כשיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה. וזאת, בתובענות ייצוגיות בהן הסעד הסופי הינו סעד כספי (יצוין), כי שיטת האחוזים היא השיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות בארצות הברית. ראו, Brian T. Fitzpatrick, An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards, 7 J. Empirical Legal Stud. 811 (2010) (להלן - Fitzpatrick)). לפי שיטת האחוזים, שכר הטרחה של עורך הדין נקבע כאחוז מסוים מתוך הסעד שניתן לקבוצה, בין אם בפסק דין ובין אם בהסכם פשרה. היינו, קיים קשר ישיר בין התגמול המגיע לחברי הקבוצה לבין שכרו של עורך הדין. קשר זה מתמרץ את עורך הדין לפעול להשאת טובת הקבוצה, תוך שהוא פועל אף להשאת שכרו שלו (לעניין היתרונות והחסרונות של השיטות שהוצגו ראו גם, קלמנט בעמ' 169-171)".

47. לחלופין, סבורים אנו כי במקרה הנוכחי - לאור מאפייניו המיוחדים - ניתן גם לאמץ מנגנון לפיו גובה שכר הטרחה והגמול ייקבע לפי שעור חברי הקבוצה שיבחרו להצטרף להסדר המשלים. ככל שיותר חברי הקבוצה יבחרו להצטרף להסדר המשלים, המבקשת וב"כ יהיו זכאים לגמול ושכר הטרחה גבוה יותר, ולהיפך. השיעור המקסימלי של הגמול ושכר הטרחה ייקבע על ידי בית המשפט.

48. דומה כי דרך זו היא דרך ראויה לקביעת גמול ושכר הטרחה במקרה הנוכחי, שהוא מקרה יוצא דופן מבחינה זו שלא ניתן לדעת מראש מה תהיה התועלת שבהסדר הפשרה, אם בכלל. במקרה הנוכחי לא רק שלא ניתן לדעת איזה חלק מחברי הקבוצה ידרוש את חלקו בפשרה (בדומה לכל פשרה אחרת בתובענה ייצוגית), אלא שגם לא ניתן לדעת אם אלה שיצטרפו להסדר המשלים ישפרו את מצבם או להיפך. לממשלה לפיכך דומה כי במקרה הנוכחי הדרך ההגיונית והנכונה לברר מה התועלת שמקנה ההסדר (אם בכלל) היא לבחון את שיעור ההיענות של חברי הקבוצה לאלטרנטיבה שההסדר פותח בפניהם. ככל שחלק גדול מחברי הקבוצה יבחר להצטרף להסדר המשלים, יהיה בכך להעיד כי חברי הקבוצה סבורים כי מדובר בהסדר שיש בו תועלת, ולהיפך. ככל שחלק גדול מחברי הקבוצה סבורים שיש בהסדר תועלת, מוצדק גם לתגמל את המבקשת ובאי כוחה, ולהיפך.

49. בנוסף, וככל שימונה בודק שיעריך את שווי המוצר המורכב שמוצע לחברי הקבוצה במסגרת ההסדר, ניתן יהיה להיעזר גם בשווי זה לצורך הערכת גובה התועלת וגזירת הגמול ושכר הטרחה ממנו.

50. לסיכום עניין זה יובהר כי מובן לממשלה שאין בידיעת הח"מ מה השווי של המוצר המורכב שהוצע לחברי הקבוצה במסגרת ההסדר. ייתכן שיתברר בעתיד ששווי מוצר זה אכן גבוה מהסכום ששולם בגינו. יתכן אפילו שיתברר כי ההישג לקבוצה הוא גדול ביותר, ועל כן יהיה מוצדק לפסוק שכר טרחה גבוה יותר מזה שהומלץ. אך מנגד, יתכן שהמצב ההפוך נכון, ויתברר שההסדר לא הביא עימו כל תועלת.

51. כך או כך, אנו סבורים כי מנגנון ושיעור הגמול ושכר הטרחה שהומלצו במסגרת ההסדר אינם יכולים לעמוד. בהתאם למוסכם בהסדר הגמול ושכר הטרחה יינתנו בכל מקרה, וזאת גם כאשר אין כל מחלוקת כי ההסדר לא יביא כל תועלת לחברי הקבוצה (למשל כאשר פחות מ-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים), והגמול ושכר הטרחה יינתנו (ברובם המכריע) ללא תלות בתועלת בפועל לחברי הקבוצה, וזאת בניגוד להלכה שנפסקה בעניין רייכרט.

פרק ג': סיכום

52. כאמור, עמדה זו אינה מתייחסת לעניינים נושא תיק זה לגופם, ואין באמור לעיל כדי הבעת עמדה כלשהי בדבר המחלוקות העובדתיות או המשפטיות שבין הצדדים. עמדה זו נועדה אך ורק להבהיר את עמדתנו המשפטית בנוגע להסדר הפשרה.

53. במסגרת עמדה זו התנגד מתבקש להתנגד לאישור ההסדר בשל ארבעה פגמים זיהה שנפלו בו:

- 53.1. **ראשית**, אם פחות מ-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים, כל חברי הקבוצה לא יקבלו דבר אך ייווצר מעשה בי-דין כלפי כל חברי הקבוצה שיוותרו על זכויות התביעה שלהם ללא כל תמורה, ויימצאו את עצמם במצב נחות מזה בו היו אלמלא התביעה והפשרה. לעמדתנו מדובר בתנאי שאינו ראוי, הוגן וסביר.
- 53.2. **שנית**, גם אם שיעור גבוה מ-2% מקרב המחזיקים בהון המניות המונפק של כור יצטרפו להסדר המשלים, לא ניתן, בטרם מינוי בודק, לשקול האם מדובר בפשרה ראויה, הוגנת וסבירה. זאת שכן יש לוודא תחילה כי מדובר בעילת תביעה שאינה קלושה, ויש לברר את שווי התביעה והפשרה באמצעות בודק.
- 53.3. **שלישית**, הסדר הפשרה מבקש ליצור מעשה בי-דין בנוגע לעילות תביעה אשר לא נטענו בבקשת האישור וכולל ויתור כלפי גורמים שלא נתבעו בבקשת האישור, כל זאת בניגוד להוראות החוק.
- 53.4. **רביעית**, במקרה הנוכחי - בו יש ספק אם ההסדר מביא "ערך" כלשהו לחברי הקבוצה - יש הצדקה מיוחדת לקבוע את הגמול ואת שכר הטרחה כנגזרת של התועלת בפועל שההסדר תרם לחברי הקבוצה, וזאת בין על ידי קביעת שכר הטרחה רק בעתיד ובין על ידי קביעת שכר הטרחה לפי שיעור ההיענות של חברי הקבוצה להסדר המשלים.
54. בהתאם, לעמדתנו בטרם ישקול בית המשפט הנכבד את הפגמים המפורטים לעיל בהסדר, יקשה לקבוע כי ההסדר הינו "**ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה ...**" (סעיף 19(א) לחוק).



ליאב זינבאוס, עו"ד

מנהל המחלקה המסחרית

פרקליטות מחוז (ת"א) אזרחי